

VU Research Portal

Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004 [Review of: T.A. Freyer (2006) Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004]

Abdullah Khan, R.A.

published in

Markt en Mededinging
2007

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Abdullah Khan, R. A. (2007). Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004 [Review of: T.A. Freyer (2006) Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004]. *Markt en Mededinging*, 2007(7), 206-207.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



Tony A. Freyer

Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004¹

Dr. R.A. Abdullah Khan

Hoewel Freyer de term *legal transplant* niet gebruikt, handelt het boek in wezen over een geschiedenis van de export van het Amerikaanse antitrustrecht. De hier besproken studie begint met het mededingingsbeleid vanaf de jaren dertig van de vorige eeuw in de Verenigde Staten, West-Europa, Japan en Australië. Het werk is geen kritische weergave van theorieën en ideeën over mededinging, maar bevat eerder een interessante *policy history* (p. 6). Het notenapparaat is overvloedig. De in verdere studie geïnteresseerde lezer kan daarin veel van zijn gading vinden, maar een afzonderlijke bibliografie was gerieflijker geweest. De aandacht voor *legal transplants* is sterk gegroeid, sinds Alan Watson in 1974 zijn boek over dit verschijnsel² publiceerde. Bij juridische transplantaties wordt in een bepaald rechtstelsel een regel of leerstuk 'ingeplant'. Ook kan een geheel rechtssysteem worden overgenomen. Watson, die dit fenomeen de belangrijkste factor noemt in de ontwikkeling van het recht: 'most systems are the result of borrowing'³, laat zien op welk een verbazingwekkend grote schaal de rechtsontwikkeling wordt gekenmerkt door kopieergedrag, waarbij rechtsregels en instellingen worden gekopieerd naar een in ruimte en tijd soms ver afgelegen samenleving. Enkele opvallende voorbeelden van vrijwillig kopieergedrag zijn de invoering van een kopie van het BGB in Japan in 1896 en de invoering van een kopie van het Zwitserse ZGB in Turkije in 1926. Een belangrijke vraag is onder welke omstandigheden het overplanten van juridische constructies al dan niet tot duurzame veranderingen in het ontvangende rechtstelsel leidt. Ook is het interessant te weten door welke factoren de receptie van buitenlandse ideeën wordt bepaald: waarom vindt zij plaats? Speelt het prestige

van de regel en de macht van een bepaald land een rol? Is, zoals in het geval van het Amerikaanse antitrustrecht, de invoering van vreemd recht na de Tweede Wereldoorlog door de VS opgelegd? Een andere vraag is welke veranderingen de transplantaten zelf ondergaan nadat ze in een andere rechtscultuur zijn opgenomen. Juristen verschillen nog altijd van mening over de werkelijke draagwijdte van dergelijke rechtstransplantaties. Sommigen zien daarin een aanwijzing dat het recht zich autonoom kan ontwikkelen ten aanzien van een samenleving en haar overgeleverde cultuur. Anderen benadrukken, dat de transplantatie van regels niet belet, dat die regels in de nieuwe omgeving toch weer heel anders worden geïnterpreteerd en toegepast en dat die interpretatie en toepassing sterk wordt bepaald door de juridische en culturele traditie van het 'importerende' land. Al met al zijn dit interessante vragen indien men doorziet dat, wat er waar moge zijn van de *amerikanisering* van ons mededingingsrecht, ook op dit terrein 'valse vrienden' bestaan die tot verwarring kunnen leiden. Begrippen die qua vorm op Amerikaanse begrippen lijken, blijken toch een andere betekenis hebben. Eerder heeft Miller als volgt getracht greep te krijgen op de oorsprong van *legal transplants*.⁴ Rechtstransplantaties zouden op vier manieren zijn te verklaren. Als (i) 'The Cost-Saving Transplant' (wanneer in een ander land reeds een juridische oplossing is bedacht, zou het inefficiënt zijn daarvan niet te profiteren in het eigen land) ; (ii) 'The Externally-Dictated Transplant'

Dr. R.A. Abdullah Khan is universitair docent Europees recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 *Antitrust and Global Capitalism*, T. A. Freyer, 1930-2004, Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Pp xii + 437. ISBN 0-521-81788-2.

2 *Legal Transplants*, Edinburgh 1974.

3 o.c., p. 94.

4 Jonathan M. Miller, 'A typology of legal transplants: using sociology, legal history and Argentine examples to explain the transplant process', 51 *American Journal of Comparative Law* (2003), p. 839.

(het klassieke voorbeeld is de Japanse Grondwet die na de Tweede Wereldoorlog is opgelegd door generaal Douglas McArthur); (3) 'The Entrepreneurial Transplant' ('norm entrepreneurs' die zich na een buitenlandse opleiding beijveren voor invoering van de bestudeerde wetgeving); en (iv) 'The Legitimacy-Generating Transplant' (door zijn prestige is het Nederlandse recht inspiratiebron geweest bij het opstellen van een Burgerlijk Wetboek in diverse voormalige Oostbloklanden). In dit licht rijst de vraag op welke wijze de onmiskenbare naoorlogse invloed van het Amerikaanse antitrustrecht moet worden beschouwd.

West-Duitsland en Japan

Freyer constateert terecht, dat het Amerikaanse mededingingsbeleid na de Tweede Wereldoorlog ontegenzeggelijk een zeker overwicht in de wereld heeft verkregen. Hoewel dit primair geschiedde door het vergroten van de extraterritoriale werking van de Sherman Act, werden daarnaast onder Amerikaanse druk in een groot deel van Europa en in Japan de doelstellingen van dit beleid overgenomen. In West-Duitsland en Japan betekende dit een ingrijpende koerswijziging, omdat daar kartelafspraken voordien juist onmisbaar werden geacht voor de stabiliteit van de economie en men daar niet geporteerd was voor de Amerikaanse wijze van toezicht op *managerial capitalism*. Een toezicht dat nota bene aan rechters was toevertrouwd. In West-Duitsland was desalniettemin slechts tot op zekere hoogte sprake van een opgelegde invoering van vreemd mededingingsrecht. Van een volledige 'Externally-dictated transplant' was namelijk geen sprake, omdat het ideeën betrof van de Freiburgse school, die grote invloed hadden op de naoorlogse Duitse mededingingspolitiek en op de invoering van de 'Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen' (GWB) in 1958. De Freiburgse opvattingen over mededingingspolitiek waren in aansluiting op de leer van de marktvormen reeds in de jaren dertig en veertig van de vorige eeuw uitvoerig uitgewerkt door F. Böhm en L. Miksch. De aandacht voor de mededingingspolitiek viel te verklaren door het reeds genoemde feit, dat de toenmalige Duitse wetgeving en rechtspraak de kartelvorming en ondernemingsconcentraties in de hand werkten. De neoliberalen van de Freiburgse school hechtten daarentegen sterk aan de bestrijding van alle vormen van economische macht en bepleitten in hun geschriften juist een koerswijziging in deze mededingingspolitiek door een verbodswetgeving in te voeren in plaats van een misbruikwetgeving. De na de Tweede Wereldoorlog door de geallieerden opgelegde *decartelization laws*, die afgeleid waren van het Amerikaanse antitrustrecht en in bepaalde opzichten zelfs verder gingen, blijken dan ook niet zonder meer model te hebben gestaan voor de in 1958 in werking getreden GWB. Freyer legt uit, dat reeds lang voor de Tweede Wereldoorlog een nauwkeurig uitgewerkte theorie van de Freiburgse school over mededingingspolitiek bestond, die het intellectuele raamwerk kon vormen voor het naoorlogse Duitse mededingingsbeleid. Dit raamwerk kreeg ook draagvlak, omdat desbetreffende opvattingen

strookten met Amerikaanse ideeën over de beteugeling van economische macht. De Freiburgse school heeft zoals bekend weer invloed gehad op het Europese mededingingsrecht. Met deze genealogie levert Freyer een bijdrage aan het soms vergeten inzicht in het ontstaan van het Europese mededingingsrecht. Een interessant punt betreft hier het op 1 juli 2005 in werking getreden 7^e Amendement van de GWB, dat het rechtstreeks gevolg is van EG-Verordening 1/2003. Deze wijziging, die fundamenteeler is dan de zes eerdere amendementen, heeft geleid tot afschaffing van '*numerous specialties of the German antitrust law, which had been cultivated during previous decades*'. De Freiburgse stempel van het Duitse mededingingsrecht verliest dan ook terrein aan het Europese mededingingsrecht met zijn toenemende Amerikaanse oriëntatie.

De Japanse geschiedenis had, zoals Freyer in hoofdstuk 4 bespreekt, een ander verloop. Na de oorlog zag de *Supreme Commander of the Allied Powers* (SCAP), generaal Douglas McArthur, de *zaibatsu* – de Japanse term voor een groep van bedrijven in verschillende bedrijfstakken in het exclusief bezit van één familie – als de grootste economische steun van het Japanse leger. Hij maakte van de *zaibatsu busting* dan ook een belangrijke prioriteit om Japan te demilitariseren en te democratiseren. In Japan bestond op het terrein van de mededingingspolitiek geen intellectuele traditie zoals de Freiburgse school in West-Duitsland. Freyer toont echter aan dat de in 1947 onder toezicht van de geallieerden in werking getreden Anti-Monopoly Law – evenmin als in West-Duitsland – een volledige 'Externally-dictated transplant' van het Amerikaanse antitrustrecht is geweest. De Amerikaanse voorstellen waren weliswaar gebaseerd op de Sherman Act en de Clayton Act, maar de Japanse onderhandelaars bleken in hun midden over een formidabele kenner van het Amerikaanse antitrustrecht te beschikken (Yazawa Atsushi). Mede door hem werden dan ook bepaalde Japanse belangen en waarden in de Japanse mededingingswet gewaarborgd. Zo werden de geopperde kartelvoorschriften verzwakt en werden in afwijking van Amerikaanse voorstellen juist strengere verboden op *unfaire concurrentiemethoden* en op onredelijke handelsbelemmeringen opgenomen. Dit ter bescherming van kleinere ondernemingen tegen barrières waarmee de *zaibatsu* hun macht vóór en tijdens de oorlog hadden weten te verschansen.

Freyer heeft gezien de omvang van zijn studie uiteraard keuzen moeten maken. Het had naar mijn mening wel voor de hand gelegen, dat hij in zijn vergelijking van het naoorlogse mededingingsrecht in de besproken landen meer aandacht had besteed aan de in de VS afwijkende beoordeling van verticale afspraken. Ook het overal vrijwel onoplosbare probleem van parallel gedrag in geconcentreerde of nauwe oligopolistische situaties had nader belicht mogen worden. Zonder zich te laten verleiden zijpaden in te slaan is Freyer er in ieder geval in geslaagd een helder boek te schrijven, waarvan het hoofdbetoog goed te volgen is en dat bovenal getuigt van diepgaande historische kennis.